

A AUTONOMIA DA POSSE SEPARADA DO *STATUS PROPRIETATIS* NO ÂMBITO DO DIREITO MATERIAL E DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL: a função social da posse e sua repercussão até no instituto da usucapião, a posse no Direito das Sucessões, no Direito material e no Direito Processual Civil

Juventino Gomes de Miranda Filho¹

RESUMO

No presente artigo, analisam-se as características dos imóveis públicos e suas especificidades em relação aos imóveis particulares. O instituto de usucapião e o princípio da imprescritibilidade são investigados à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da Codificação Civil brasileira, além da vastidão jurisprudencial e do Enunciado nº 340 da Súmula do STF. As análises sustentam-se em bases dialéticas e em vista da função social da posse, decorrente de sua autonomia.

Palavras-chave: Função social. Imóveis públicos. Ortodoxia. Posse.

¹ Doutor em Direito Privado e mestre em Direito Processual, ambos os títulos pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas. *E-mail:* jgmirandafilho@yahoo.com.br.

1 INTRODUÇÃO

É recorrente a sustentação graças à qual os imóveis públicos, por ostentarem essa condição, possuem algumas características que os distinguem dos imóveis particulares. Uma dessas singularidades pode ser vislumbrada pela imprescritibilidade, que se traduziria na impossibilidade de sua usucapibilidade. Em favor desse tradicional e ortodoxo entendimento, alinham-se diversos textos legais, capitaneados pela própria Constituição Federal, através dos artigos 183, § 3º, e 191, parágrafo único, subseqüenciados pelo *Código Civil* (art. 102), pela vastidão da legislação extraordinária e com sustentação jurisprudencial advinda do Enunciado nº 340 da Súmula do STF. Se, no plano do Direito positivo e no plano do Direito pretoriano, esse entendimento ganha majoritarismo, também na vertente doutrinária o entendimento preponderante é o mesmo. Há enorme messe de doutrinadores de escolas, para não dizer quase todos, a sustentar que os imóveis públicos, só por serem públicos, destinam-se ao interesse público. Segundo essa premissa, por isso mesmo já trazem imanente a ostentação da função social.

Essa linha de raciocínio, basicamente, é utilizada para sustentar a proverbial impossibilidade da consumação da usucapião incidente sobre a propriedade pública. E em se tratando de avassaladora corrente legal-doutrinário-jurisprudencial, esses posicionamentos patenteiam-se herméticos, obstando a abertura dialética.

O presente artigo investiga princípios, normas e possibilidades.

2 A FUNÇÃO SOCIAL E O INSTITUTO DA POSSE. UM RÁPIDO HISTÓRICO-CULTURAL

Inobstante tanta ortodoxia, o que se entende é que toda propriedade, seja pública, seja privada, deve atender à função social. Esse entendimento resulta da necessidade da facção de uma releitura do instituto da posse, objetivando à superação do modelo codificado liberal, questionando o positivismo pela perspectiva fundada na reinterpretação hermenêutico-sistemática constitucional e infraconstitucional abertas, em busca de efetiva concretude, cujo fundamento jurídico-social seja a pessoa humana, e não o indivíduo patrimonialista.

Por essa ótica, novas concepções de institutos, como a da posse que *pour cause* de suas vertiginosas transformações, exigem um novo pensar. Daí nasceram a necessidade e o esforço para estimular e reorganizar a utilização das coisas para aquelas pessoas hipossuficientes, objetivando proporcionar um uso melhor da terra, rural e urbana.

Dificultar o acesso à propriedade pelo caminho da posse-fruição é confiscar numa ilha solitária de pobreza um sem número de vocacionados para a terra rural e moradia urbana, embora em meio a um vasto oceano de prosperidade material.

Por isso, a abordagem do instituto da função social da posse à luz da supralegalidade privilegia os valores supremos enunciados no Preâmbulo da Constituição de 1988, eles próprios enunciadores dessa supralegalidade que antecedeu o próprio texto constitucional e sua promulgação, pois sua existência precede a Constituinte. Tais valores supremos são valores suprapositivos, supraleais, especialmente em temas da supremacia da dignidade da pessoa

humana, da cidadania, do bem-estar, do desenvolvimento, do progresso, da função social, como elementos estruturadores da patrimonialidade, da extrapatrimonialidade, da propriedade e, sobretudo, da posse.

Temas tais quais esses, sujeitos sempre à profícua evolução, não ficam nem podem ficar estagnados no positivismo amorfo, ainda que sob a vestimenta constitucional. Tais valores preexistem às próprias disposições constitucionais, pois são imanentes a toda ordem jurídica.

Começemos focando disposições como as dos arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único, da Constituição; do art. 102 do *Código Civil* e tantas outras que lhes são semelhantes, proibitivas da usucapião incidente sobre imóveis públicos, por confrontarem e até infringirem os objetivos do Estado Democrático de Direito, instituídos pela mesma Constituição (Preâmbulo e art. 1º), mas axiologicamente superiores às disposições literais, produto do positivismo. Os objetivos ascendem e transcendem à literalidade.

Embora a ideia de um positivismo exacerbado, extremo, mesmo em termos constitucionais, extravase o conteúdo jurídico sustentador dos valores supremos, essa constatação impõe que se faça a distinção entre direitos, direito vigente, e lei escrita.

Embora haja lições às centenas, centradas na indiferença da função social dos institutos, especialmente da posse, embora seja proverbialmente repetida a impossibilidade de consumação da usucapião de imóveis públicos insuscetíveis de posse e de incidência da usucapião, porque efetiva e concretamente se prestam a um inquestionável interesse público (como o ar atmosférico, o alto mar, as áreas de proteção ambiental e tantas outras) e alguns até a interesse e salvaguarda das gerações futuras, não se pode dizer

o mesmo, generalizadamente, de imóveis sobre os quais inexistam um interesse público concreto, efetivo, real, e não abstrato. Nesses casos, atuará a função social estruturante, compartilhadora da própria estrutura da ideia de posse, exigindo sua efetivação e possibilitando a posse e atuação de seu maior efeito: a usucapião.

Essa concretização nasce da interpretação e busca da revelação do pensamento que anima as palavras e o espírito contidos no ordenamento jurídico.

É preciso convir que a Lei Fundamental elegeu valores maiores, os quais destinou à concretização dos transcendentais escopos. E sobre ter criado a propriedade numérica, erigiu a moradia e as áreas de plantio à categoria de direito fundamental, filiando-as à dignidade da pessoa humana, à cidadania. A concretização desses ascéticos objetivos dar-se-á pela posse funcionalizada, meio pacífico, por excelência, de atingi-los.

É por isso que, no confronto entre um mero, genérico e abstrato interesse público e os valores maiores referidos, resulta indubitável que estes sobrepujam aqueles, principalmente esses, que também recebem a chancela do interesse público que o Estado tem o dever de assegurar e resguardar.

Num breve enfoque sobre as obras clássicas sustentadoras da inusucapibilidade de imóveis públicos e do desprezo relativo à função social da posse, é proveitosa a invocação de Fernando Luso Soares (1996), em seu prefácio à obra de Manoel Rodrigues, justificando a proposta de atualização daquela obra clássica:

As obras clássicas devem ser objeto de periódica releitura. Só assim em cada novo ciclo da progressão civilizacional elas poderão confrontar-se com as interrogações, as perplexidades, as soluções as novidades que lhes sucederam no tempo.

E o fundamento irretorquível vem a seguir: “Toda e qualquer obra de ciência tem seu lugar num determinado momento de evolução científica e, como tal, ela insere-se num processo, não precisando que a situem ou rodeiam de quaisquer constelações.” (SOARES, 1996, p. 11).

Nada mais natural: o direito é dinâmico e deve refletir a realidade da vida social. Bem por isso evolui com ela, ou, na pior das hipóteses, procura acompanhar essa evolução, ainda que em ritmo de progressão aritmética.

Nesse sentido, também observou Frederico Barbosa Gomes (2007), apresentando a obra de Álvaro Ricardo de Souza Cruz, ao dizer que “a desconexão entre o que se estuda e a realidade que se pretende alterar, entre tantos outros problemas, marca, de forma indelével, o atual contexto brasileiro, a ponto de disseminar a perigosa dúvida acerca da viabilidade do projeto democrático por essas terras” (GOMES, 2007, p. 11-12).

Adverte Frederico Barbosa Gomes que a “revolução copernicana”² operada no estudo e na pesquisa do direito revela não ser na fria observação de códigos e leis que se encontrarão soluções para os problemas sociais e comportamentais que afligem os homens.

² Alternativa para o racionalismo e para o empirismo, o criticismo Kantiano operou uma revolução copernicana na teoria do conhecimento: Copérnico havia invertido as posições respectivamente do sol e da terra ao afirmar o heliocentrismo. Igualmente, para Kant, no conhecimento, não é o sujeito que gira em torno do objeto, mas o objeto que se define em vista do sujeito. Respondendo à pergunta: o que é o iluminismo, Kant responde que é a saída do homem de sua MINORIDADE, pela qual ele é o próprio responsável. Minoridade, isto é, incapacidade de servir-se de seu entendimento sem a direção de outrem; minoridade da qual ele mesmo é o responsável, porque a causa reside não em uma deficiência do entendimento, mas em uma falta e decisão e de coragem de fazer uso de seu entendimento sem ser dirigido por outrem. *Sapere aude!* Tenha a coragem de se servir de seu próprio entendimento! Essa é a divisa do Iluminismo.

O homem se descobriu “como ser hermenêutico, histórico, dotado e limitado, capaz de pensar saídas para os problemas” (GOMES, 2007, p.12).

Outro não é o entendimento de Gadamer (2001, p. 461), para quem “um texto legal tem de ser compreendido em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta”. Aqui, compreender é sempre também aplicar.

Consentâneo com o que subministra a experiência, os métodos interpretativos devem estar atentos às transformações por que passou o mundo, especialmente a partir da Revolução Industrial.

Quanto à tese na órbita da posse, restou mudado o centro gravitacional. As coisas desgarram-se do *ter* para abraçar o *ser*, lugar ocupado pelo ser humano, enquanto pessoa, como menciona Cesar Fiuza: “Com direito à dignidade, à promoção espiritual, social e econômica. Fala-se, pois, em função social do contrato, da propriedade. Fala-se em despatrimonialização do direito privado” (2007, p. 96).

Como síntese da vivência, a experiência permite a contemporaneidade das ideias antigas, vividas, que constituem motivo de afeiçoamento, pois, como observou Feyerabend (2007, p. 26), “não há nenhuma ideia, por mais antiga e absurda, que não seja capaz de aperfeiçoar nosso conhecimento”.

Enfim, os novos tempos nos convidam à busca incessante da superação do conhecimento ingênuo, fragmentário e conservador, e à transformação do senso comum em bom senso, prudência, razoabilidade, na busca de condições teóricas e práticas para a efetivação do direito, enquanto instrumento de cidadania. A esse propósito, pontifica Silvia Pimentel: “O Direito, de hoje, é aquele

que historicamente construímos e que será, amanhã, aquele que viermos a construir.” (PIMENTEL, 2010, p. 15). Parece inquestionável esse proceder, porque é o que dita o que ordinariamente ocorre.

A interdisciplinaridade pretendeu ultimar com a ideia do conhecimento compartimentado porque nele reside um “símbolo da fragmentação da realidade e o surgimento de uma inteligência esquizofrênica, que impede uma apreensão abrangente do mundo.” (ALMEIDA PRADO, 2010, p. 170).

Thomas Kuhn observou, em 1963, em *A estrutura das revoluções científicas*, que a ciência se desenvolve por meio da ruptura e construção do conhecimento. E criticou, veementemente, a tradição positivista.

Inobstante a desmedida importância do Iluminismo, que enalteceu o respeito e o culto ao homem, tendo por ideário o progresso e a liberdade, que sustentou sua luta contra as religiões e as superstições e, além disso, concebeu o saber estribado na experiência e na estrita observância do método científico, seu instrumento foi a Enciclopédia (ou *Dictionnaire Raisonné des Sciences, des Arts, et des Métiers*, dirigida por D' Alembert e Diderot), de longa elaboração ao longo de 20 anos (até 1772, quando encerrou seu 17º volume). Seu objetivo: uma tentativa de síntese do conhecimento, contando com a colaboração de 139 luminares, entre eles Montesquieu (leis), Helvetius (matemática), Lamarek (botânica), Rousseau (música), Voltaire (verbetes sobre história, elegância, espírito, imaginação).

No ir e vir da história, um século depois do Iluminismo e de seu instrumento maior, a *Encyclopédie*, dirigida por D' Alembert e Diderot, como uma tentativa de síntese do conhecimento humano, a cultura se fragmentaria, com o advento das especializações típicas do nosso tempo. A complexidade do conhecimento, nunca

antes ocorrida, torna impensável que uma pessoa possa ser, como os sábios de outrora, conforme Bertrand Russel (1961),³ detentora de uma sabedoria ampla. Mas isso não justifica que os especialistas em partes sejam ignorantes em relação ao todo.

O revisionismo é e deve ser permanente no sentido de repensar o Direito. E ele mais se intensifica em temas como os de exclusão da cidadania de pessoas desfavorecidas, vitimadas pela carência ensejadora da chamada crise de efetividade dos direitos sociais, que propicia o surgimento de ordens paralelas, como no caso das favelas e aglomerados, antes fenômeno detectado nas grandes metrópoles, hoje oceanizado Brasil afora. E, no caso dos sem-terra e dos sem-teto, há vetores de violência atribuída a reivindicações inatendidas.

O tema da função social tem vastíssimo alcance, abrangendo o Direito constitucional, no qual deita sua origem, o Direito privado e o Direito público, irradiando-se pelo contrato, a economia, a empresa, a propriedade intelectual, o Direito tributário, o biodireito, a arbitragem. Em síntese, a sua abrangência reserva-lhe papel de ampla importância no ordenamento jurídico em geral.

No início do século XX, Duguit (1912, p. 24-25) sustentou que a função social extinguiu os direitos subjetivos porque os indivíduos eram apenas aqueles que cumprem funções sociais. Daí a sua proposição de substituição das expressões “poder legislativo”, “poder judiciário” e “poder executivo” por funções. Já na obra *Les transformations*, Duguit explicita as razões de seu posicionamento:

³ Conforme B. Russel, Leonardo da Vinci transitava por diversos ramos do conhecimento: foi pintor, escultor, engenheiro, arquiteto, escritor, além de conhecedor de Anatomia, Física, Botânica e Matemática. Relembre-se Gottfried Wilhelm Leibniz, que foi filósofo, porém fez descobertas em Matemática, História, Linguística; foi físico, diplomata, musicólogo, tradutor, jurista, engenheiro, poeta, zoólogo, antropólogo, geólogo, paleontólogo, antropólogo, embriologista, cosmólogo, filósofo, do direito. E, no dizer seguro de Bertrand Russel “foi uma das mais altas inteligências de todos os tempos”.

A função social desponta como cláusula geral, regedora de toda atividade econômica, servindo de balizamento constitucional do direito fundamental, quer da posse, quer da propriedade, delimitando seu conteúdo, estruturalmente, por isso que, como decorre desde as ordenações do Reino e legislação extravagante, com repercussão na Constituição do México (1917) e na de Weimar (1919): a propriedade e (com ela ou sem ela) a posse obriga! (DUGUIT, 1926, p. 9).

Nossa Constituição, como se sabe, transformou a estrutura do direito de exercer esses direitos (a posse e a propriedade), de modo a atingir determinadas finalidades: a propriedade deixa de ser um direito absoluto e a posse autonomiza-se e ganha independência como instrumento de pacificidade e de acesso à moradia e à utilização agrícola.

Essa concepção nasceu justamente do estado intervencionista, com a constitucionalização da ordem econômica, perdendo prestígio o extremado individualismo reinante no século XIX, em razão de uma nova realidade social. Essa realidade foi trazida pela miséria operária do início da Revolução Industrial; pela distribuição de renda, quando regida unicamente pelas leis do mercado; pela grande crise de 1929, que ocasionou a queda da bolsa de Nova York, conforme Didier (2008, p. 13).

De relevância é a constatação da função social da posse e da propriedade vincularem-se aos direitos fundamentais, a partir do disposto no art. 5º, inciso XXIII, e art. 170, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A função social da posse não encontrou espaço apenas na visão ortodoxa, pois esta, envolta em sua tradicionalidade, conecta a posse umbilicalmente à propriedade, integrando seu conceito, embora como elemento dinâmico da propriedade, tanto na ótica de

Savigny como na visão de Ihering. Mas a evolução colocou a função social como elemento estruturante do direito de propriedade, integrando, assim, seu próprio conceito e determinando-lhe deveres fundamentais. A posse sintetiza, por sua natureza, as vantagens de seu dinamismo, enquanto a propriedade permanece como um direito meramente abstrato, exatamente porque todo direito é abstrato.

Não há dúvida de que a CF/1988, no que concerne à função social da posse (e a da propriedade), fulcra-se na adequada utilização dos bens em proveito da coletividade, dispondo assim tanto no art. 182, § 2º, (quanto à propriedade urbana) quanto no art. 186, se rural. E, num vislumbre, ainda que perfunctório, depreende-se do étimo ‘utilização’, que guarda em si, até semanticamente, o sentido de aplicação, aproveitamento, emprego, uso, significações próprias do instituto da posse como exercício fático de poderes da propriedade (art. 1.196, CC): direito de usar (uso); direito de gozar (gozo) (HOUAISS, 2009, p. 2817). E não se deve olvidar que as disposições constitucionais do art. 182, § 2º, e 186 tipificam *princípios*, enquanto as dos art. 183, § 3º, e 191, parágrafo único, *ensejam regras*.⁴

Destinando-se a função social à efetiva e adequada utilização dos bens para a satisfação das necessidades, por óbvio ela limita o conceito do direito de propriedade. O fenômeno real latente na

⁴ A dogmática moderna avalia o entendimento de que as normas em geral e as normas constitucionais em particular enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras. As regras contêm relato mais objetivo, incidindo, restritamente, às situações específicas as quais dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e única finalidade destacada no sistema (Luis Roberto Barroso – Interpretação e aplicação da Constituição – 2010, p. 329.). E o mesmo Ministro Barroso especifica os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete. Os princípios galgaram o *status* da norma jurídica. “Superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica imediata”.

posse é quase sempre visível e tangível. A representação mental faz-se sumamente facilitada na posse. A intuição e a conceptualização influem na posse a partir do nexos de causalidade e concretude em que ela se envolve.

A referência ao social pode ser feita através do fato social, da socialização e da função social.

A publicização da posse revela sua importância por concretizar o uso e o gozo das coisas pelas pessoas, para satisfação de suas necessidades vitais. A hermenêutica desses novos tempos deverá pautar-se em esparzir maior foco de luz sobre os fatos, desvencilhando-os de colisões com interpretações anteriores, principalmente quando essas derivem de simples hipóteses, sem base em fontes reais e, sobretudo, contemporâneas.

Wieacker observou que as formas sociais mais recentes, aliadas a novas fundamentações e às necessidades e aos interesses, quer dos indivíduos, quer da sociedade ou das comunidades, plasmam novos rumos para o direito – que passam a ser explicados como produto da vida social (WIEACKER, 1967, p. 14).

A interpretação sofre os impactos dos contributos que acabam por influenciar uma nova maneira de ver o direito sob o aspecto das novas realidades.

As novas visões são impulsionadas pela *opinio communis* dos operadores do Direito, de preferência aqueles afinados com a forma e, sobretudo, o espírito da Constituição e suas promanações de suprallegalidade.

E não se nega a variabilidade das interpretações geminadas pelas polêmicas visões dos juristas incrementadas pela discussão das hipóteses jurídicas, na argumentação e na interpretação. E essas visões ou são tradicionais, revestindo-se de ortodoxias, ou

são heterodoxas, incorporando a realidade, a verdadeira noção da função social, contemplando o novo.

Bem por isso, é que Barassi recomendava, de longa data: "*L'interprete deve indagare il concetto sostanziale dela norma (interpretazione lógica): questo é lo scopo vero dell' interpretazione.*" (BARASSI, 1914, p. 32).

Henri de Page também recomendava: "*En dégager le sens, en determinant la portée et par voie de consequence, la mesure dans laquelle elle sera aplicabe.*" (DE PAGE, 1948, p. 208).

Uma interpretação impõe-se, pois, no diapasão mesmo do dilema da vida. O gênero humano está enfrentando revoluções sem precedentes. Todas as narrativas antigas estão ruindo e são restritas as narrativas novas para substituí-las. No direito, os dogmas ruíram ou estão ruindo um a um.⁵

Avaliando um panorama como este, não se justifica a transcendência da propriedade sobre a posse, como insistem os partidários do positivismo e da ortodoxia.

A propriedade, pelo menos explicitamente, está inserida entre os direitos e garantias individuais (art. 5º, *caput*, CF), nos incisos XXII e XXIII do mesmo art. 5º, embora com ressalva de atendimento à sua função social (art. 5º, inciso XXIII); e enquanto o inciso II do artigo 170 contempla os princípios de acesso à propriedade privada, immanentemente exsurge o vínculo à função social (art. 170, III).

⁵ Admite-se a mudança do caráter da posse (CC, art. 1.198, parágrafo único; admite-se a execução sem título, derruindo a parêmia *nulla executio sine titulo*; admite-se a relativização da coisa julgada, desprestigiando a parêmia *res indicata pro veritate habetur*; em caso de cancelamento do *titulus de ius in re a posteriori*, o art. 1.242, parágrafo único, presentes as exigências que estabelece, garante a usucapião; o art. 1.255, parágrafo único, em sendo de boa-fé a acesso, mediante indenização o possuidor adquire a propriedade...

No entanto, a posse, enquanto respeita a efetiva e concreta utilização dos bens, e não a sua titularidade, provoca uma *captio diminutio* na situação proprietária, especialmente quando o possuidor reúne os requisitos da usucapião, que podem e devem ser arguidos em defesa pelo possuidor contra o proprietário ou titular dos *iura in re aliena* (Súmula 237, STF) e, amplamente, quando o possuidor tenha feito benfeitorias necessárias e úteis, as quais lhe assistem o *ius retentionis*.

3 A AUTONOMIA DA POSSE, CARÁTER ECONÔMICO E FUNCIONAL DA POSSE

Não há qualquer dúvida que a Constituição tenha constitucionalizado as normas civis, editando-as autoaplicáveis, elegendo princípios-base que servem a todo ordenamento infraconstitucional, os quais exigem uma reinterpretação hermenêutico-sistemática centrada na pessoa humana, e não no indivíduo patrimonialista.

Não há como negar o grau de extrema evolução da posse, surgindo, em sua homenagem, enorme messe de textos de leis extravagantes, contemplando-a *separadamente da propriedade*.

Veja-se a regularização fundiária de assentamentos urbanos, o Programa Minha Casa Minha Vida (criado pela Lei nº 11.977/2009, por conversão da Medida Provisória nº 459/2009), a legitimação da posse (instituto existente desde a Constituição Federal de 1967) à contemplação de *iura in re aliena* (direitos reais sobre coisas alheias) inseridos no art. 1225 – CC/2002, *id est*, a concessão de uso especial para fins de moradia, a concessão do direito real de uso, a laje, etc. Nesses casos, o conteúdo econômico e social remanescem na

quase-posse (que tradicionalmente é como se denomina a posse de direitos de uso, gozo e fruição).

Colhe-se da doutrina de Cortiano *Júnior* (2002, p. 153-154):

O não proprietário não é mais apenas o sujeito passivo universal, titular de um dever genérico de abstenção, mas se insere em uma situação jurídica subjetiva complexa. Tem direito de exigir de quem é proprietário o cumprimento da função social da propriedade, e tem direito a que lhe sejam dadas condições materiais de aceder à propriedade. O discurso proprietário deve abranger o acesso aos bens.

Mas que se voltem os olhos para o positivismo constitucional, especialmente para os preceitos ínsitos dos arts. 182, § 2º, e 186, que *exigem o efetivo uso da coisa e seu exercício fático, eis a posse!*

Diga-se mais: mesmo que o proprietário seja simultaneamente possuidor, a *função* será desempenhada através da *posse*, e somente dela.

A atividade, o exercício fático, sobrepõe-se à titularidade.

Pense-se em trivialidade. Uma simples locação, arrendamento, comodato. Quem pode locar, arrendar ou dar em comodato? O proprietário? É óbvio que o possuidor-não proprietário!

E por quê? Visitemos a Lei de Locação (Lei nº 8.245/1991). Quando ela cuida dos deveres do locador e do locatário (art. 22), já na *ouverture* de seus incisos I e II, lê-se e vê-se:

Art. 22 O locador é obrigado a:
I - entregar ao locatário o imóvel alugado em estado de servir ao uso a que destina.

II - Garantir, durante o tempo da locação, o uso pacífico do imóvel locado”.
Preceitua o Código Civil, na esteira da teoria de Ihering, o desmembramento ou desdobramento da relação possessória em direta e indireta (art. 1197). O locador é possuidor indireto e direto do locatário. Não há qualquer referência à propriedade, mas, exclusivamente, à *posse*: a dizer, posse direta, posse indireta.

E quem é o possuidor? O preceito do art. 1.196-CC responde: “aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

Assim, mesmo quando a propriedade e a posse encontrem-se com uma só pessoa, proprietário-possuidor, é pela *posse* que se loca, arrenda, dá em comodato, e não pela situação proprietária. Quem tem a posse (*ius possessionis*) está nela exercendo o uso e o gozo efetivos. Ao proprietário cabe-lhe o *ius possidendi* (ter direito à posse). Ter direito à posse nem sempre é tê-la, de fato, efetiva e concretamente.

4 A POSSE NO DIREITO DAS SUCESSÕES – DA POSSE NO DIREITO MATERIAL E NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

É de sabença histórica que a posse é, em sua origem e essência, distinta da propriedade ou do domínio. Ela tem vida própria e independente: pode subsistir só, ou coexistir com a propriedade ou com o domínio. É lição de Lafayette (1977, p. 201) e, muito antes, emerge do velho e bom direito romano, cujas parênticas são elucidativas: “*Nec possessio et proprietate misceri debent* (fr. 5, D. de adq. Poss., 41,2); *Nihil commune habet proprietate cum possessione* (Ord. 3, 40, § 2; 78, § 3, pr. § 1º); *separata esse debet possessio a proprietate* [...]”.

Para Savigny (SAVIGNY, 1866, §§ 7º e 9º.), a posse é uma instituição estruturalmente independente da propriedade, embora requeira o *animus rem sibi habendi*. Para Ihering (1976, p. 47, 62, 71 e 104), a posse apresenta-se sempre dependente da propriedade, muito embora não requeira nenhuma atitude anímica qualificada.

Ihering (1891, p. 15-16) não combate o *animus domini* em razão de sua substância dominial. Ihering luta para *silenciar as motivações voluntaristas da e na posse*, por força do realismo e de sua praticidade: desenvolvi plenamente o estudo das teorias da posse, criticando-as, de forma ampla na minha obra *Da função social à usucapião de imóveis públicos* – São Paulo: Editora Dialética, 2021.

No que podemos chamar atmosfera do novo milênio e do novo século, as transformações por que passou o mundo são profundas, vertiginosas, exigindo uma releitura do direito, à luz dos preceitos constitucionais, inicialmente, de origem europeia para, depois, alastrar-se pelo mundo; irradiando-se pelo Brasil sobretudo após a promulgação da Constituição Cidadã. Daí a necessidade de reconstrução do direito privado.

Essa reconstrução poderá ser feita, e vem sendo feita, pela hermenêutica construtiva, apoiada em seu tripé; *de lege lata, de lege ferenda e de iure condendo*.

O sentido da busca de doutrinadores, de filósofos e da jurisprudência, para dialogar à procura de uma solução ou tentativa dela, nos planos de *lege lata, de lege ferenda e de iure condendo*, para diagnosticar qual o papel da propriedade e o da posse no Ordenamento Jurídico Contemporâneo, resulta na redescoberta da magnitude e prevalência da posse.

A autonomia e independência da posse é recorrente no ordenamento jurídico brasileiro: a) *de lege lata*, decorrente do próprio direito positivo vigente (Lei). Veja-se, a propósito, o que se deduz do texto constitucional: o inciso XXIII, art. 5º, utiliza-se do futuro presente: “a propriedade *atenderá* a sua função social”. “- Aqui é o tempo verbal do modo indicativo que situa uma ação ou um estado em momento posterior àquele em que se fala; futuro” (HOUAISS, 2001, p. 1.409). A proeminência de atender à função social da *posse*, não da propriedade.

Ainda se atendo ao texto constitucional, há nele indicações expressas de como se concretiza a função social: arts. 182, § 2º (propriedade urbana), e 186 (propriedade rural), sendo todos eles através da posse; b) sob leis ordinárias (Lei nº 10.257/2001 – Estatuto da Cidade – Regulamentou os arts. 182 e 183 – CF (arts. 9º e 10º); c) os arts. 1.239 e 1.240 – CC previram outras modalidades de usucapião, reduzindo prazos (arts. 1.238 e 1.242 e seus respectivos parágrafos únicos); além de acrescentar requisitos, tipificando a posse-trabalho e a posse-moradia, criando a inovação § 4º e 5º do art. 1.228 – CC. Inseriu situações possessórias no contexto do direito de propriedade (§§ 1º e 2º, art. 1.228 – CC).

Nessas hipóteses todas, o proprietário *perde a propriedade porque a adquire o possuidor*. E nada há de novo nessa sintonia, que já era lembrada pelo Conselheiro Lafayette (1977, p. 201).

A posse recebe reforço destacado como quando é utilizada para fins de moradia (posse-moradia), ou quando são realizados na coisa investimentos de interesse social, ou econômico, ou, mesmo, alternativamente, em caso de aquisição a título oneroso, se cancelado o *títulus de ius in re a posteriori* – situação que coube à *função social da posse* resolver este *aflictivo problema de aquisição a*

non domino (art. 1.242, parágrafo único); d) o art. 1.255, parágrafo único, cuida das acessões. Se a acessão for feita de boa-fé, mediante a indenização, o possuidor adquire a propriedade, ainda contra a vontade do proprietário – eis outro importante efeito da posse, e em matéria e local geográfico do *Código Civil* que lhe é estranha, porque disciplinada em capítulo destinado à propriedade. E, repetidamente, por força de seu inegável valor, esse fenômeno ocorre, também, *verbi gratia*, na enumeração dos incisos do art. 1.228 (que cuida da propriedade) os quais, todos e cada um deles, só pode ser exercido através da posse!; e) os direitos reais de uso, gozo e fruição elencados no art. 1.225 – CC, especialmente os mais recentes (concessão de uso especial para fins de moradia e a laje), além de serem objeto de exercício fático (posse), tipificam situação existencial de qualquer ser humano e incide sobre bens até da União (Leis nºs 9.636/98, 11.124/2005, retrocedendo ao velho Decreto-Lei nº 9.760/1946); f), e não para por aí. Examine-se o parágrafo único, parte final, do art. 1.198 – CC.

A detenção que ainda para muitos não gera qualquer efeito, sobretudo protetivo, ela mesma, que constituía *praesumptio iure et de iure*, (não admita prova em contrário), em homenagem à função social da posse, transmutou-se para *praesumptio iuris tantum* – admitindo, expressamente, prova em contrário...

Pode-se concluir, sem receio de velhos e inadequados modos de pensar, que a modificabilidade das instituições receba um *acent*, quando se reveste de proteção da personalidade humana, sua dignidade, seu bem-estar envolvendo a participação do povo no processo decisório e na formação dos atos do governo.

Observando esse quadro, Perlingieri (2002) estimulou-se a dizer que o que importa é obter a máxima realização dos valores constitucionais.

Sobre a ótica do *iure condendo*, via das emanções do ambiente acadêmico, vai-se construindo o alicerce da doutrina para alcançar a preponderância da posse sobre a situação proprietária, que tem como base um *título formal*, constituindo o *direito de propriedade ou direito à propriedade*. Por ser direito a propriedade, é abstrato. E, para (re)pensar: todo este aparato formal de direito, baseado no título de *ius in re*, não passa de propriedade oca, quando despida da posse. Para (re)pensar: pode-se falar infinitamente da posse sem se referir uma vez sequer à propriedade; não se fala de propriedade sem posse...

A propriedade extingue-se para seu titular se houver possuidor *ad usucapionem*.

A posse exercida de boa-fé assegura ao possuidor indenização e *ius retentionis*.

Não é preciso mais!

Sob o aspecto da *lege ferenda*, ou *setentia ferenda*, estimula-se que se elaborem regras jurídicas que obriguem o Estado a cumprir a função social da posse, evitando insistência argumentativa.

5 DA INFLUÊNCIA DA POSSE NO DIREITO DAS SUCESSÕES

Em vias de término deste artigo, fui abordado por alunos do curso de Direito, relatando-me das dificuldades que estão encontrando para a recepção de inventariar a *posse*, em casos de sucessão *causa mortis*.

Mudo o destino do artigo e volto minhas apreciações para o tema.

Não há dúvida de que, para Ihering ((Du rôle... Possession, p. 217 e 246; Du Corpus Possessionis ..., p. 718), a posse é dotada de economicidade: a sua destinação econômica. Assim: *posse = corpus/animus + destinação econômica (-n)*.

Na sua *Der Besitzwille (O papel da vontade na posse)*, Ihering vê no *corpus* “o modo pelo qual o proprietário usa, de fato, de sua propriedade”. Daí *corpus* e *animus (tenendi)* constituírem um só e único elemento – ao contrário de Savigny (*Traité de la possession...*, 1866, p. 2 e 313) , que os separa em dois: *corpus + animus rem sibi habendi*.

Para Ihering (*La Possession*, Cap. XI, §, p. 207), a posse é a exterioridade da propriedade. A propriedade revela-se pela “sentinela avançada” da *posse*!

Também o genial Saleilles diz que a posse é relação de apropriação econômica, e não relação de apropriação jurídica (*Étude sur les éléments constitutifs de la possession – 1893-1894*).

Inúmeras são as situações em que a função social da posse resolve conflitos até então aflitivos, como se analisou.

Ao cuidarem da concessão de uso especial para fins de moradia (objeto da previsão do inciso IX, art. 1225-CC), os arts. 13 e 27 da Lei nº 11.481/2007 permitem seja objeto de *garantia real* pelo Sistema Financeiro Habitacional, com aplicação a imóvel público (art. 25).

O *Código de Processo Civil* dispõe, no art. 620, sobre as primeiras declarações prestadas no procedimento de inventário, exige “a relação completa e individualizada de todos os bens do espólio” e a sua descrição (inciso IV) e, na alínea *g*, contempla “direitos e ações”.

O étimo inventário tem por significado o ato ou efeito de inventariar, sinônimo de arrolar, relacionar, registrar, catalogar, descrever minuciosamente. Vem do latim *inventarium*, de *invenire*, achar, encontrar. Logo, enumeração das coisas, relação, descrição de bens.

Na acepção comum, inventário é a relação e descrição de bens pertencentes a alguém ou de coisas encontradas em algum lugar.

No sentido jurídico, é como Clóvis Bevilacqua ensinou: “a descrição individuada e clara dos bens da herança, sejam móveis ou imóveis, dívidas ativas e outros direitos” – (*Comentários ao Código Civil*, v. VI – 5. ed., p. 261). Ou, mesmo, como proferiu o Des. Leão Vieira Starling: “o processo em que se fazem a descrição, a avaliação e a partilha dos bens do defunto entre os herdeiros” – *In: Inventários e Partilha* – 1. ed., 1940 – Imprensa Oficial do Estado, p. 13.

O CPC/1973 (art. 993), no inciso IV, alínea *g*, determinava a declaração dos “direitos e ações”.

Ressabe-se que a sonegação, a ocultação ou desvio de bens são faltas gravíssimas; violam o dever de descrição dos bens *de cuius*, lesando a fazenda pública, credora do Imposto de Sucessão (ITCD), que é imposto *ad valorem*.

A grave omissão motiva a remoção do inventariante – CPC, art. 622, inciso VI.

Ainda neste ano, o Superior Tribunal de Justiça, julgando o REsp. nº 1.984.847 – MG (2022/0034249-0), Relatora a eminente Ministra Nancy Andrighi, como que dando o merecido destaque ao instituto da POSSE, reconheceu:

Civil e processual civil. Direito das sucessões. Partilha de direitos possessórios sobre áreas rurais não escrituradas. Autonomia entre o direito de

propriedade e o direito possessório sobre bens imóveis. Extensão econômica do direito possessório que pode ser objeto de tutela. Partilha do direito possessório. Resolução particular da questão em relação aos herdeiros com posterior resolução da questão fundiária. Possibilidade.

O venerando acórdão coloca uma pá de cal sobre mais uma tentativa de homenagear a propriedade em detrimento injustificado da *posse*.

O que vem ocorrendo até na tutela possessória quando, desnaturando a liminar possessória prevista para a posse nova (art. 558 e seu parágrafo único – CPC), e fruto de sua origem bimilenar, substitui este procedimento especial pela tutela de urgência ou evidências, dificultando a *imediata e simples* tutela interdital, sobrepondo requisição. Segundo o procedimento especial aplicável à liminar possessória, seus requisitos estão estampados no art. 561 – CPC. Já a requisição necessária à concessão da tutela de urgência e evidência é sobremodo mais exigente e complicada: probabilidade do direito, perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo; exigência de caução; inexistência de perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

O *Código Civil*, deste século e deste milênio, preceitua:

Art. 1206. A posse transmite-se aos herdeiros ou legatários do possuidor com os mesmos caracteres.
Art. 1207. O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais.

Então, *ex-vi legis*, há *transmissão da posse mortis causa!*

Mas se se cuidar de indagar sobre a propriedade e a posse, conjuntamente, visto que exsurge o velho e bom instituto da *saisine*,

cuja recepção já se tinha dado pelo art. 1572-CC/1916 e mantido no atual (art. 1784).

O domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (art. 1.572/CC – 1.916). Ou seja, o patrimônio do *de cuius* é transmitido, valendo dizer a herança (art. 1.784-CC- 2002).

Colhamos o depoimento de Carvalho Santos:

A transmissão da propriedade e da posse não depende de nenhum ato praticado pelos herdeiros; independe de pedido ao juiz competente; ela é imediata, desde o momento da abertura da sucessão, e se verifica de pleno direito, até mesmo sem nenhuma manifestação de vontade de sua parte e à sua revelia. (SANTOS, 1977. v. XXII, p. 11, n. 3).

Já Pontes Miranda (1984, p. 16, § 5.587), explicando a origem da *saisine*, “que introduziu no direito luso-brasileiro a transmissão automática dos direitos, que compõem o patrimônio da herança”, conclui com inexorável indubiosidade: “O que era propriedade e posse do *de cujos* passa a ser propriedade e posse do sucessor a causa da morte [...]”.

Ressabe-se da existência de diversos, amplos métodos interpretativos, mas *nenhum* deles prescinde da norma, já que se não interpreta o nada.

Legem habemus!

Ou ao sabor sincrético dos romanos: “*Interpretatio illa sumenda, quae absurdum evitetur* – A exegese (interpretação) é mais aceita (acatada), quando se procura evitar os absurdos (incongruência)”.

E, por último, inadmitida a declaração dos direitos possessórios, como bens patrimoniais de caráter econômico, estar-se-ia criando um modo extralegal de extinção da posse (art.

1.223 – CC), forçando seus titulares a abdicarem de seus direitos “abandonando a coisa” possessorialmente.

Por essas razões e fundamentos, entre outros, é de admitir-se a declaração dos direitos possessórios como bens patrimoniais da herança.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA PRADO, Lídia Reis de. Interdisciplinaridade: o saber com sabor (História de uma influência). In: GONZAGA, Alvaro de Azevedo *et al.* (Coord.). *Repensando e Direito*. São Paulo: RT, 2010.

BARASSI, Ludovico. *Istituzione di diritto civile*. Milão: A. Gueffré Editore, 1994.

CORTIANO JÚNIOR, Erouths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DE PAGE, Henri. *Traité*, 1º vol. 1948, n. 208.

DUGUIT, Leon. *Les Transformations Générales du Droit Puvé Depuis Le Code Napoléon*. Paris: Librairie Félix Alcan, 1912.

FIUZA, César. *Direito Civil – curso completo*. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GADAMER, Hans Georg. Os traços fundamentais de uma teoria da experiência hermenêutica. In: VERDADE e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

GOMES, Frederico Barbosa Gomes. *Apresentação da obra de Des. Álvaro Ricardo de Souza Cruz: hermenêutica jurídica em debate*. Belo Horizonte: Forum, 2007.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário HOUAISS da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas* (The structure of scientific revolutions) Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira – 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1996 (Edição originária 1963, em inglês).

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIMENTEL, Silvia. *Apresentação da obra (re) pensando o Direito*. Coord. Gonzaga, Álvaro de Azevedo et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PONTES MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado Parte Especial* – Tomo LV. 3. ed. São Paulo: Editora RT, 1984.

RUSSEL, Bertrand. *El conocimiento humano su alcance y sus limitaciones*. *Revista do Occidente* – Madrid, Trad. Antonio Tovar, 1964.

SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 10. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1977. v. XXII, p. 11, n. 3.

SOARES, Fernando Luso. *A posse* – estudo de Direito Civil português – de autoria do Prof. Manuel Rodrigues Prefácio. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1996. Ed. ver. anot. e pref. por Fernando Luso Soares.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouse GulbenKian, 1980.